

● 論 説 ●

共同被告人の供述を唯一の証拠として 共謀成立の事実を認定することは適法であるか

—— 新銀行東京の詐欺事件をめぐって ——

法科大学院教授 矢澤 昇治

まえがき

本件の意義

- (1) 杜撰極まりない血税の浪費
- (2) 本件は、組織全体のモラルハザードが崩壊していた新銀行東京の行員らの首謀による犯罪であること
- (3) 虚偽の記載が散りばめられた告訴状
- (4) 意図的な逮捕劇
- (5) 長期間に及ぶ任意の事情聴取によりもたらされたこと
- (6) 検事Yによる自白の強要
- (7) 首謀者Mの公判前の逃亡
- (8) 意図的な術策としての公判の分離
- (10) 司法参加に対応する国民に簡明な判例を提供する必要性
- (11) 弁護人の上告趣意書記載の姿勢

序 論

- (1) 罪となるべき事実の要旨
- (2) 上告人の罪体

第1章 第1の上告の趣意：原判決には、「共謀」につき具体的な立証をなすことなく有罪とした違法があり、判決に影響を及ぼすべき事実の重大な違反があり、刑事訴訟法第411条第3号に定める破棄事由（重大な事実誤認）があること

- 1 共謀共同正犯における「共謀」とは何か
- 2 「罪となるべき事実」及び「犯罪と被告人との結びつき」は、厳格な証明によらなければならないこと
- 3 原判決は、被告人が分離前相被告人らと詐欺の共謀をなしたという事実を何によって認定したか

第2章 第2の上告の趣意：原判決は、刑事訴訟法第319条第2項、ひいては、憲法38条第1項に違反すること

- 1 共謀成立の事実を共同被告人の供述（自白）のみを唯一の証拠として認定した違法があること

- (1) 原判決の問題性
- (2) 犯罪事実を共同被告人の供述（自白）を唯一の証拠として認定することができるか
- (3) 憲法38条3項の法意（大法廷判決）
- (4) 少数意見の内容
- (5) 大法廷判決以後における最高裁判所の動向
- (6) 最高裁昭和51年判決の意義
- (7) 対立しているかに見えるが、同一の危機感を承認する学説
- (8) 誤判の原因となる共犯者の供述（自白）
- (9) 共犯者が「悪魔の語り部」となる危険性を排除しなければならないこと
- 2 複数の共同被告人の供述（自白）のみによって、被告人を有罪と認定することも違法、違憲であること
- (1) 2名以上の共犯者の自白は、相互に補強するか
- (2) 最高裁昭和51年判決の出した結論と団藤裁判官の意見
- (3) 最高裁昭和51年判決の補足意見
- (4) 共犯者の自白は相互に補強しないということ
- 3 補強証拠は、被告人と犯罪との結び付きについて必要であること

- (1) 「共犯者の供述（自白）には、補強証拠が必要であるといわなければならない」との命題
 - (2) 平野博士と堀内判事の見解
 - (3) 本件では、補強証拠が必要不可欠であること
 - 第3章 第3の上告の趣意：原判決には、上告人の反対尋問権を否定する違法があり、刑事訴訟法第411条第1号に該当する破棄事由があること、また、刑事訴訟法第321条2項2号は、憲法32条2項に違反すること：反対尋問権の保障
 - (1) 憲法37条2項の本旨
 - (2) 捜査段階の供述
 - (3) 刑事訴訟法321条1項2号前段の供述者の「供述不能」
 - (4) 刑事訴訟法321条1項2号前段と「特に信用すべき情況」
 - (5) 「供述不能」の理由は、制限的列举と解されるべきであること
 - (6) Mの供述（自白）調書には、特信性はないこと
 - (7) 証拠の標目中、「一部不同意」が削除されていること
 - (8) Mの検察官調書は、「供述不能」の場合に該当しないこと
 - (9) 原判決では「共謀」につき厳格な証明がなされていないこと
- 結論

まえがき

2010年の暮れも押し迫った12月23日、東京拘置所から1通の封書が届いた。なかなかの達筆の宛名書きである。記載された差出人をみても旧知の人ではない。本文を読んでも、ある詐欺事件の控訴審で有罪判決を下されたが、自分は無実であるのでとにかく話を聞いて欲しいとの文面であった。早速翌日から東拘に赴き接見をした。ネットで事件の内容も調べた。接見を重ね、12月28日に受任することにした。これが、平成22年（あ）第1608号詐欺被告事件である。

受任したが、年末年始で裁判記録が入手できない。年が明けたが、犯行を自白しない上告人と他の共同被告人の公判が分離され、また、被告人ごとに弁護人が異なるので、裁判記録の入手にいたずらに時間を浪費した。段ボール4個の記録を入手できたのが、2月上旬であった。事実審を担当していないので、記録を紐解きながら、事件の解明に困惑した。やむなく、4月11日と定められていた上告趣意書の提出期限の延長申請をしたが、ほぼ1ヶ月の延長しか認められず、5月20日と指定された。当職は時間に追われながら、上告趣意書を作成し、5月18日に提出した。本論攷は、上告趣意書のうちの幾つかの法律論に限定して取り上げ紹介することにした。第4の上告の趣意とした、「原判決には、共同被告人の供述（自白）の真実性の判断における自由心証主義の濫用があり、刑事訴訟法第318条に違反し、ひいては、刑事訴訟法第411条第1号に定める破棄事由があること」については、多々の興味深い事実問題があるが、文量が多いので割愛せざるを得なかった。

本件については、平成23年9月5日付けで判決が下された。危惧していたとおり、「弁護人矢澤昇治の上告趣意のうち、憲法違反をいう点は、原審で何ら主張、判断を経ていない事項に関する主張であり、その余は単なる法令違反、事実誤認の主張であって、刑訴法405条の上告理由に当たらない」という紋切り型の判決であった。しかし、私は、法律審の最後の砦である最高裁が当審で初めて憲法論を主張されたときに、それが判断の対象とされ得ないとの理由を見い出すことができず、すこぶる不満を感じた。その反面、最高裁第一小法廷が当職の上告趣意を十分に評価したと理解した。でなければ、「当審における未決勾留日数中240日を本刑に算入する」とはならないであろうからである。返す返すも、練馬事件における最高裁判例を再判断する機会とならなかったことが残念でならない。心ある実務家におかれては、機に恵まれるならば、共犯者の供述に関する最高裁判例を変更するよう努められ、本稿がそれに幾ばくかでも資するならば望外の幸である。

本件の意義

本件は、わが国の社会、政治、経済において重要な意味を有する事件である。のみならず、本件においては、無論、裁判員制度が導入された司法制度との関係で、最高裁判所が憲法、刑事訴訟法などの規定を適用・解釈するに及び、いかに国民に誤解を与えることなく、簡明かつ平明な判断・判例を提供するかが問われている。

（１）杜撰極まりない血税の浪費

本件は、東京都が出資して設立された新銀行東京の不正融資に絡む事件である。業績が不振等の理由で、都銀から融資を受けることができない中小企業への融資を謳い文句に新銀行東京は設立されたのであるが、これらの中小企業には国が銀行を通じて間接的に融資する方法が既に制度として確立されていた。ところが、新たに、しかも、東京都が、都民の血税を用いて、押しつけた多大な融資計画（「開業3年目の融資・保証残高9,300億円」）やコンピューターによる自動審査（「スコアリングモデル」）の杜撰極まりない無担保・無保証融資などにより、多額の融資を焦げ付かせる結果に陥り、1,080億円の累積赤字を計上し経営破綻状態に陥り、400億の追加出資を余儀なくされたことは周知の事実である。

過大な融資の問題をめぐっては、政界から、特に各政党の都議や知事の特別秘書等による口利きや紹介も執り沙汰され、紹介を受けた企業や経営者による献金が明らかとなり、都議会でも、その調査による解明と責任が追求されたことは、記憶に新しいところである。

(2) 本件は、組織全体のモラルハザードが崩壊していた新銀行東京の行員らの
首謀による犯罪であること

新銀行東京の不正融資をめぐることは、行内のモラルハザードが崩壊し、デフォルト（債務不履行）の発生は不問とされ、融資金の回収の有無にかかわらず、営業担当者には、年間最大で200万円の報奨金が支給されるなど、経営幹部による不正融資の容認の実態も判明しているところである。このような組織全体の腐敗を好餌として、新銀行東京の行員自らが不正融資の担い手として暗躍したのである。広告宣伝企画会社「M&Aコーポレーション」に係る不正融資事件におけるY、本件における共同被告人のAもその一例にすぎない。

(3) 虚偽の記載が散りばめられた告訴状

本件詐欺事件をめぐることは、幾つかの奇異と思料される事情がある。まず、新銀行東京を告訴人とする告訴状には、上告人に関する虚偽の記載が散りばめられていると当職は判断した。

ア すなわち、本件不正融資にかかる事件を反社会的な暴力団を介在させることにより、犯行により詐取された金員の一部が反社会的勢力に流れていることを強調するために、虚偽の幾つかの事実が記載されている。本件不正融資による詐欺事件の企行の「背景として、APの背後にいますと考えられる上告人の存在が考えられる。すなわち、被告人Kの供述では、(株)Lの通帳、実印をAPに交付したのは、AP関係者らの監禁・脅迫行為があったためであるとしている。告訴人が調査したところ、上告人は、住吉会荻窪中島組幹部として活動していたが、平成14年に同会を破門され、現在は、住吉会系の政治結社大和西魂塾会長として、主として大阪で活動している者と考えられる」。

「本件は、融資した貸金の返済が延滞した事案であり、一般的には、民事手続により対応すべき案件である。しかしながら、上記のとおり、背後に上告人という反社会的勢力の存在が明らかになったため、本件資金が暴力団の資金源となっている可能性が認められることから、企業の社会的責任として、本件告訴をなすものであることをご理解いただきたい」とある。

イ この告訴状で記載された、1) AP関係者らの監禁・脅迫行為があったため、2) 上告人は、住吉会荻窪中島組幹部として活動していた、3) 現在は、住吉会系の政治結社大和西魂塾会長として、主として大阪で活動している者、4) 背後に上告人という反社会的勢力の存在が明らかになった、5) 本件資金が暴力団の資金源となっている可能性が認められる、の記載内容のうち、下線部分は

いずれも事実と反するのであり、原審の判決に至る裁判プロセスでも、上告人に関する、これらの事項の認定は、詐欺金の交付の有無の事項を除くならば皆無である（この点に関する事実認定については、後述する）。

つまり、告訴人は、企業の社会的責任として本件告訴をするとしながら、実は、自らの腐敗した組織全体内における自らの行員を担い手とした不正融資の帰責を回避・軽減するための口実として、元暴力団に所属したことがある上告人をスケープ・ゴートに仕立て上げ、このような内容の告訴状を作成したものである。

そして、内偵を進めていた警察（T刑事ら）も、上告人が、平成14年5月末に住吉会を破門され、組織から破門状（葉書）が出されていることも確認し、承知していたはずである。これを伏せて、上告人が現役の暴力団員であるかの如く匂わせたのである。上告人は、とうの昔にヤクザでも右翼でもなくなっていたのである。

（４）意図的な逮捕劇

告訴状記載日付の平成20年10月27日同日に、詐欺容疑で、同行のA等が逮捕された。そして、上告人を含む7人が逮捕されるのであるが、そのうち一人だけ、つまり、日本銀行関連に勤務する兄を持つS（以下では、「S」という。）だけが、別の時刻（午後11時頃）に逮捕された。Sは、つまり報道機関の目に晒されることなく逮捕される工作がなされたのである。Sに対するこのような配慮が、本件の本質を曝露する。

（５）長期間に及ぶ任意の事情聴取によりもたらされたこと

- ア 本件の捜査、取調べ、不起訴に至る過程で、Sへの対応の異常さは目を疑うものがある。新銀行東京の告訴に先立ち、Sからは、平成20年9月11日付けの上申書が警視庁刑事部捜査第二課長宛に提出されている。その書面では、Sは、自己を詐欺罪の実行犯であり、共犯者だと認めながら、わざわざ、上告人からも決算書の手直しが求められたとする。Sへの任意の取り調べは、告訴前の3ヶ月も前からなされているが、そのメモや調書の類が存在しない。本件の他の被告人に関するそれらが存在することと較べると不可解さがここにも見られる。
- イ Sは、不正融資のために決算書を粉飾した重大な実行犯であるにもかかわらず、共犯者・逮捕者のうち不起訴となるのである。この理不尽とも言える警察と検察のSへの対応から、また、本件の本質の一部を垣間見ることができる。

（６）検事Yによる自白の強要

さらに、上告人の被疑者ノート（記載：弁護士C）に関連して、一言する。検事

Yは、平成20年10月28日の取調において、上告人が「私が真実はですねと語り掛けたところ」、同検事は、「真実なんかいらねえんだよ、裁判官も弁護士もお前の真実なんか関係ないし、求めていると、頭ごなしにいわれた」、「検事は、貴方がすみませんでした、私がやったんです。被害のお金を弁償しますといえはすむんだ、と自白を強要された」、「又、認めないのであれば、帰っていい」と話を聞いてくれず帰されましたと記載されている。

検事Yが、この日及びそれ以降の記載も、上告人が元ヤクザであったことを前提に、上告人を犯人と決めてかかった対応と、「お前が主犯だ」といって上告人が首謀者とされたこの犯行のストーリーの作成作業を行ったということを物語るものである。同月10日の取調では、「変わりがないなら帰れ」と云い、2・3分で調べもせず帰され、このとき、「11月17日で起訴だからな。決まっている」と言い放った。同年11月12日、Y検事が、「かならず塀の中に入れる。実刑にしてやる」と捨てぜりふで脅迫した旨の記載もみられる。

後日談であるが、驚くべきことは、上告人の起訴後、平成21年1月16日の法務省人事で、Y東京地方検察庁検事は、F地検特別刑事部長とされたことも、本件詐欺事件に対する検察の対応の核心を象徴する出来事と理解されうる。

(7) 首謀者Mの公判前の逃亡

本件で共同被告人とされたMは、原審弁護人に拠れば、本件詐欺被告事件の首謀者であるのみならず、追起訴されたBRを巡る詐欺事件の首謀者でもある。そして、新銀行東京の行員Aと本件被告人Wも他の詐欺事件の共犯とされている。

これらの詐欺事件の首謀者は、ブローカーであるMと行員Aであるが、このMは、起訴及び追起訴され、第一審の公判により懲役3年の実刑の判決を下され、金600万円で再保釈された後、公判に先立ち、忽然と姿をくらませ逃亡し、行方不明となるのである。

その結果、本件詐欺被告事件において、共同正犯者、また、首謀者とデッチ上げられた上告人は、公判廷において、共同被告人であり、本件の真の首謀者とされるMに対して反対尋問する機会を得ることができなかったのである。

また、遡るに、逮捕前の平成20年7月頃Mは、共同被告人Tに電話を架け、今回は「会長（上告人）に犠牲になってもらう」と話している（第17回公判調書、4頁）。共同謀議をした共犯者であるならば、「犠牲者」などの表現が用いられることもなく、この表現には、本件詐欺事件に関わりのない上告人をデッチ上げに巻き込む意図が見て取れる。

(8) 意図的な術策としての公判の分離

本件では第一審の冒頭陳述段階では、犯行を自白したA、K、M、W、Tと、犯行を否認した上告人となる上告人、そして、別の詐欺事件の被告人S、GならびにZが相被告人とされていた。当事者が同一でない二つの詐欺事件を併合することも必ずしも理由があるとは思われないが、その後、犯行を否認する上告人と、上告人が犯行に関与していないと供述するTは、単独の被告人として公判が分離され、その余の相被告人であるA、M、Wらは相被告人とされた。このような公判の分離は、上告人が共謀したとされる詐欺事件を意図的に3つの公判に分離したものであり不可解にすぎる。犯行を否認する上告人の犯行を立証するために、共犯者である相被告人の供述（自白）の証明を補強するために、共犯者を相被告人とするのではなく、証人とするためであることは、明白である。そして、自白組の被告人等の裁判について早期に判決に導き、否認した上告人の裁判において、上告人を有罪に追い込むための強い意図と影響をもたらす目論みが見て取れるのである。

(9) 司法参加に対応する国民に簡明な判例を提供する必要性

ア わが国では、平成21年5月21日に裁判員制度がスタートした。その導入の是非について議論が存在したが、とにかく国民による司法参加が実現した。それゆえ、刑事訴訟手続においても、諸外国で存在する陪審制度と同様に、裁判員、究極的には国民にわかりやすい、透明性の確保された裁判手続が求められることになる。そして、裁判規範となる諸法、すなわち、憲法をはじめとして刑事訴訟法の法文の適用や解釈においても、平明で簡潔な理解と表現が求められる。さらに冤罪や誤判の防止を含めて、国民の人権が確保されるような司法が確保されなければならない。

イ 本件上告事件において、弁護人は、昭和33年5月28日わが国の最高裁判所が大法廷において言い渡した判決に対して、その判示事項のうち、特に、「共犯者の自白」が憲法第38条3項のいわゆる「本人の自白」に当たるか否かを中心として論じ、結論として最高裁大法廷判決の変更を求め、全く信用性のない共犯者の供述に基づく原判決を破棄することにより上告人の無罪を果たすことを求める。合わせて、複数の共犯者の供述（自白）が補強証拠になりえないことなどについても、憲法判断を求めたい。

さらに、分離公判前相被告人の一人が行方不明となった場合の上告人の反対尋問権の保障（手続保障）の観点から、そのような場合の公判を経ていない検面調書の証拠能力について、刑訴法の規定の違憲性と原判決の適正手続違反を

主張する。

最後に、本件においては、罪体である「詐欺の共謀」の物証が存在しないので、原判決は「実質的支配」、また、第一審判決では「実質的経営者」という概念を打ち立て、特異な立証構造を用いて、上告人の有罪を立論しているが誤った推論と断ぜざるをえない。しかも、そもそも分離公判前相被告人の供述には信用性が欠如しているので、判決に影響を及ぼすべき重要な事実の誤認があると言わざるを得ず、これらの諸点を上告の趣意とする。

(10) 弁護人の上告趣意書記載の姿勢

本件では、抽象的な法律解釈論にとどまることなく、忌憚ない語彙で、上告趣意書の冒頭に「はじめに」と本件を巡る諸般の事情も記載した上で、上告趣意を論じた。そして、法律審であるが故に無用であるとして批判されかねない事件を取り巻く状況も簡潔に紹介することとした。

本趣意書においては、表現に厳しさや語気の強さもあり、ややもすれば感性的とも評されかねないことは自認している。しかし、裁判所におかれては、事案の奈辺にある真実を理解していただき、常識に合った判決を切に求めるところである。

序 論

(1) 罪となるべき事実の要旨

一審判決中、罪となるべき事実の要旨は、以下のとおりである。

被告人は、平成15年8月末ころから株式会社AP（以下、「AP」という。）の会長ないし顧問と称して同社を支配し、実質的に経営していたもの、分離公判前相被告人T（以下、「T」という。）は、同月27日から同社の代表取締役であったもの、同K（以下、「K」という。）は、平成12年11月1日から給排水・衛生設備工事等を目的とする株式会社L（ただし、平成12年11月1日当時の商号は、株式会社LW（以下、株式会社Lを、「L」という。）の代表取締役であったもの、同A（以下、「A」という。）は、平成18年5月19日から平成19年3月31日までの間、東京都豊島区東池袋1丁目×番×号×ビル1階所在の株式会社新銀行東京（以下、「新銀行東京」という。）池袋出張所法人課に勤務して法人に対する貸付業務等に従事していたもの、ブローカーである同M（以下、「M」という。）及び同W（以下、「W」という。）は、いずれもAから直接又は間接に新銀行東京の融資する先の紹介方を依頼されていたものであるが、被告人及び分離前相被告人ら6名は、経営実態を伴わないLの名義を用いて新銀行東京から借入金の名目で現金を詐欺しようと企てAP財務戦略室長であるS

(以下では、「S」という。)らと共謀の上、平成18年9月25日ころ、新銀行東京池袋出張所において、同出張所長に対し、真実は、融資金を約定どおり返済する意思も能力もなく、融資金はLの運転資金に充てず、APの運転資金等として費消するつもりであったのに、その情を秘し、Lが返済能力を有するように見せかけた内容虚偽の決算書類を提出して同社名義で5,000万円の借入申込を行い、さらに、同月27日ころ、同出張所において、同人に対し、Lが経営実態を伴っているように見せかけた内容虚偽の現地調査チェックシートなどとともに稟議申請確認表を提出し、同人をして、同社の経営状態が上記決算書類等の記載のとおりであり、同社から約定どおり融資金の返済を受けられるものと誤信させて同社に対する5,000万円の融資を決定させ、よって、同月29日、同出張所係員をして、同出張所に開設された株式会社L代表取締役K名義の普通預金口座に4,982万1,690円を振込入金させ、もって人を欺いて財物を交付させた、というのである(下線による強調は、上告代理人)。

(2) 上告人の罪体

罪となるべき事実の記載中、上告人及び分離公判前相被告人ら6名は、「経営実態を伴わないLの名義を用いて新銀行東京から借入金の名目で現金を詐取しようと企てAP財務戦略室長であるSらと共謀の上」の部分から知りうるようにより、上告人にかかる罪体は、上告人が他の分離公判前相被告人等と「本件詐取行為を企て、特に、Sと共謀」をなしたことにつき責任を問うものであるが、詐取の実行者としての責任を問うていない。

要するに、本件上告人の責任は、不正融資による「詐取の共謀」という点にのみ存在するのであり、したがって、「共謀」を認定するに足る証拠がないか、また、この認定にあたり証拠法則違反が存在するならば、論理的には、上告人の責任を追究することができなくなるといわなければならない。

また、本件における、上告人が「詐取の共謀」をしたということが上告人の罪体であることから、検察官が、客観的事実として、この罪体について「厳格な証明」をなすべきこととなる。

第1章 第1の上告の趣意：原判決には、「共謀」につき具体的な立証をなすことなく有罪とした違法があり、刑事訴訟法第411条第3号に定める破棄事由(重大な事実誤認)があること

1 共謀共同正犯における「共謀」とは何か

いわゆる練馬事件において、最高裁判所は、共謀共同正犯成立に必要な共謀の意

義を明らかにし、かつ、その「共謀」は共謀共同正犯における「罪となるべき事実」であることを明言した（最高裁判所判決昭和33年5月28日判決集12巻8号1718頁）。すなわち、共謀共同正犯が成立するためには、2人以上の者が特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互いに他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行する事実が存在しなければならない。

いわゆる共謀共同正犯成立に必要な共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はなく、かく解することは憲法第31条に反しない、とされる。

「共謀」または「謀議」は、共謀共同正犯における「罪となるべき事実」にほかならず、これを認めるためには厳格な証明によらなければならない。

共謀の判示は、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についてまで、いちいち具体的に判示することを要するものでない。

2 「罪となるべき事実」及び「犯罪と被告人との結びつき」は、厳格な証明によらなければならないこと

ア 「共謀」は厳格な証明を必要とすること

『厳格な証明』とは、刑訴法の規定により証拠能力が認められ、かつ、公判廷における適法な証拠調べを経た証拠による証明を意味する」（厳格な証明に関する事例として、最判昭和33年5月28日（練馬事件）刑集12巻8号1718頁、最判昭和38年10月17日（刑集17巻10号1795頁）。ここで、「共謀共同正犯」の「共謀者」にすぎない場合、練馬事件に関する最高裁判決に拠れば、「共謀」又は「謀議」は「罪となるべき事実」であって、「厳密な証明」によらなければならない事実である。

イ 「犯罪と被告人との結びつき」に補強証拠が必要であること

この趣旨にしたがえば、「共謀」は、「犯罪の客観的な側面にも比すべき本質を持つ」（田宮裕「共謀共同正犯における共謀の立証について」『現代の共犯理論』（斉藤還暦記念論文集）（昭和39年589頁））ので、「罪体説」の立場からも「犯罪と被告人との結びつき」に補強証拠が必要であるといわざるをえない（熊本典道「共犯者の供述と憲法38条3項にいう「本人の自白」警研52巻10号70頁『刑事訴訟法論集』（信山社、1989年）所収）。

したがって、詐取行為の共謀が、上告人と他の共犯者の間で、上告人と犯罪を結びつける客観的な証拠をもって立証されることが必要である。

3 原判決は、被告人が分離公判前相被告人らと詐取の共謀をなしたという事実を何によって認定したか

ア 原判決では、「不正融資の共同謀議」の立証がなされていないこと

原判決および第一審判決において、上告人が分離公判前相被告人であるM、K、WならびにTらとの間での、本件不正融資による詐欺の共謀の成否については、いかなる証拠に基づいてその有罪が立証されたのかが問われなければならない。そして、公訴事実を認定するに足りる証拠がなければ、上告人は無罪とすべきことは、自然の理といわなければならない。

しかるに、原審また第一審判決において、上告人が、本件詐欺事件につき共謀したとする原判決および第一審判決の構造が非論理的であり、「不正融資の共同謀議」の立証がなされていないといわなければならない。

イ 原判決の立証構造は、独善に過ぎること

原判決は、本件詐欺事件について上告人が詐欺の共謀共同正犯が成立するかを検討するにあたり、上告人が他の共犯者と共謀したという事実を証明する文書等の客観的証拠が存在しないので、他の共犯者が被告人と共謀したとの供述が録取された書類またはその証言に基づいて、検察官が構築した立証構造に依拠して、共謀を認定した。しかし、この立証構造は、独善であり、具体的に共謀の事実を立証することになり得ないといわなければならない。

ウ 原判決には、判決に影響を及ぼす事実誤認が存在すること

原審及び第一審において、上告人弁護人らは、原判決について、事実誤認が存在することを、控訴趣意書において、以下の趣旨で主張した。控訴審弁護人らの主張は明晰であり、十分説得力を有すると判断されるので、本趣意書でも、これに依拠し、これらの主張を引用することにする。

「原判決は、被告人に詐欺の共謀共同正犯が成立するかを検討するに際し、争点を下記の3点とした（原判決書4頁）。

- ①被告人がAPを実質的に支配していたか否か。
- ②被告人がLに経営実態がなく、本件融資について返済の意思及び能力がなかったことを認識していたか否か。
- ③被告人が本件融資の申込みを不正融資の申込みであると認識していたか否か。

原判決は、上記のいずれの争点をも認めて、被告人に対して有罪判決を言い渡しているが、当該事実認定は明らかに判決に影響を及ぼす事実誤認が存するので、その破棄を求めたものである」。

エ 原判決の構造

原判決の構造は、以下のとおりである。

まず、弁護人は、①②③の各争点は、いずれも別個独立であり、単に並列の関係にあるに過ぎないと考える。例えば、検察官の思考回路にしたがうとしても、上記③争点において、上告人が不正融資の申込みであると認識していないことが明らかとなった場合（すなわち、検察官において、上告人に不正融資の申込みの認識があったと合理的な疑いを差し挟む余地がない程度にまで立証できなかった場合）には、他の争点を検討するまでもなく、上告人には無罪判決が言い渡されることになるはずである。

しかしながら、原判決は、各争点が並列の関係にあるかのように装いながら、実質的には全ての争点を階層化させ、上記①争点（上告人がAPを実質的に支配していたか否か）が認められれば、他の争点も、原則として、次々と認められるとする構造をとっている。

すなわち、上告人がAPを実質的に支配していること（上記①争点）が認められれば、Lに経営実態がなく、本件融資について返済の意思及び能力がなかったことは認識があったものと認定できる（上記②争点）というのである。さらに、本件融資について、返済の意思及び能力がないと認識できれば、特段の事情がない限り、本件申込みが不正融資の申込みと認定できる（上記③争点）として、上記①争点が認められれば、ほぼ自動的に他の2つの争点も順次認められる構造となっているのである。

例えば、上記③争点につき、第一審判決は、SやMの供述の信用性を一応は検討するものの、最終的には、「ところで、客観的にはLに経営実態がなく、銀行から融資を受けても融資金を返済する意思も能力もなかったこと及びそのことを被告人が本件融資当時、認識していたことは既に認定説示したとおりである。そうすると、そのような財務状態にあるLの名義を使って銀行に融資の申込みを行えば、特段の事情のない限り、そのこと自体をもって、本件融資金詐欺の故意があったと認めることができる」（第一審判決書22頁）としている。

すなわち、上記②争点が認定できる以上、原則として上記③争点も認定できるとして単純に結論を導いている。

オ 原判決の飛躍した論理は、理由がなく失当であること

第一審判決およびこれを踏襲する原判決のこのように飛躍した論理は、到底理由がなく失当であると指摘しなければならない。上告人は、少なくとも、Lの名義を使って融資の申込を行うと考えたことも、その申込について共同被告人や被疑者とされる関係者に話したことも、求めたこともない。検察官が、上告人をして、その意味の判然としない「実質的経営者」であるとの仮定的状況を意図的に作出・構築し、新銀行東京のA行員およびM被告人が主謀して、不正に融資の申込をしたとことを立証したとしても、上告人がこの融資の申込みに関与したことは、いささかも立証されていないのである。

上告人と共謀がなされた形跡は、共謀がなされていないのでありえないのであり、客観的な証拠がないのは当然なのである。分離公判前相被告人であるM被告人の供述により、自分が不正融資を申し込んだことから、上告人を首謀者に認定できるとの論理は、余りにも飛躍しすぎており独善であるといわなければならない。

また、後で言及するように（⇒第2部第4章3）、分離公判前相被告人Mの供述は、上告人に「共同謀議」による詐欺行為の刑責を負わしめるため（首謀者として、巻き込むため）の虚偽の供述であると断ぜざるをえない。

カ 上告人は実質的支配者だったのであるから、本件融資につき返済の意思及び能力がないと認識していたとの推論

では、上記②争点については、どのようなのであるか。

原判決は、LがAPに吸収されるに至る経緯に関して、APの実質的な支配者であった上告人が、Lの厳しい財務状況を十分に認識した上で、同社をAPに吸収したことを強く推認することができる」（原判決書14頁）との文言が端的に示すように、上告人は実質的支配者だったのであるから、本件融資について返済の意思及び能力がないとの認識はあったはずであるとの結論を導いている。すなわち、上記①争点が認定できる以上、上記②争点も認定できると単純に結論を導いている。

各争点につき、階層的構造を前提とすると、ある事実からある事実への推測を何度も何度も重ねることになり、本件のように、共謀の有無が問題となっているにもかかわらず、「実質的支配者」「実質的経営者」であることが立証できれば、共謀の存在を肯定してよいと推論して、結論を導き出しているのである。

幾ら推論を重ねても、正しい結論に到る筈のないことは、「風が吹けば桶屋

が儲かる」の相関関係図が自明でないことにより、知りえたことである。ここでは、それらの各段階の推論、しかも、上告人がそれらに参与していることを根拠づけることのできる証拠、特に補強証拠が必要不可欠となる。

しかしながら、原判決が行った、「実質的支配者であること」と「不正融資の共同謀議があること」は、本来、次元の異なる判断事項であり、「実質的支配者であるから共謀があった」と結論付けるのは、推測の域を出ないものであって、具体的な証拠に基づかない事実認定と言わざるを得ない。

結局のところ、原判決は、共謀につき客観的・具体的な証拠に基づく立証ができないので、上告人が実質的支配者であったことには合理的疑いを差し挟む余地がないとする前提をまず定立することを試みた上で、仮想的に認定される「実質的支配者」なのであるから、当然本件詐欺事件においても、共謀もあったに違いないという程度の予断と偏見を推認に変えて、信用性のない相被告人らの供述に基づいて、上告人に有罪を言い渡したのである。不当であるといわなければならない。

キ 原判決の不当性の例示

原判決の不当性を例示するならば、以下のようにならう。

「新銀行東京には、形式的にも実質的にも経営者である某代表執行役がいる。当該銀行ではモラルハザードが崩壊して、経営状態も悪く、貸付のデフォルトの慢性化が発生し、不良債権が蓄積しており、たとえ融資したとしても回収できないことを、当該代表執行役も十分認識をしている。しかも、この状況につけ込み、国会議員や都会議員の秘書からの口入れで、「手数料の獲得を目論み、不正融資に協力する複数の行員がいる」との幾多の情報が寄せられている。そして、某代表執行役には、某行員らから不正融資の内容を含む融資の承認の実行を求める稟議書が回付されてきた。某代表執行役自ら、また、それらの行員の管理者が、それらの融資の実行を承認したと仮定しよう。

この代表執行役も、詐欺罪の共同正犯ということになるとでもいうのか。本件において、検察官と原判決のストーリーでは、このような場合に、某代表執行役は、まさしく「経営者」だったのであるから、この融資について返済の意思及び能力がないとの認識はあったはずであると断じてよいということになろう。そして、詐欺を目論む行員らに協力をして詐欺、しかも謀議までしたということであるか。

検察官や原審の裁判官の論理には、上告人に「詐欺の共謀」の罪を着せしめ

た「実質的経営者」という属性を前提に、何々について「知っているはずだ」、「認識しているはずだ」、との推測の連鎖により、共謀の実行行為が具体的に存在しなくとも、「共謀」したはずだ、そして、「共謀したこと」となり、ここに「共謀」の成立が肯定されてしまうのである。

原判決は、「実質的経営者」との語彙は用いていないが、「被告人は、APでは、会長ないし顧問と呼ばれ、人事や経営等に関与し、社長のTより上の地位にあって、最終裁権限を有し、また、APとその関連会社からなるWグループを設立して、その代表者の地位にあったというのであるから、本件当時、被告人は、AP及びその関連会社を実質的に支配していたことが認められる」と判示して、その趣旨は、第一審判決と同一であり、内容において変わることがない（原判決10頁）（下線による強調は、上告代理人）。

ク 罪体に関する部分には、複数の関係者が存在しながら、客観的証拠による裏付けがなされていないこと

しかしながら、原判決また第一審判決では、上告人の「共謀」の立証は、たとえ分離公判前相被告人であるMと共犯者であるSらの供述が存在するとしても、それらの供述は「合理的な疑いを超える」までには至っていないと確信できる。むしろ、二人の供述は、上告人の罪体に関する限り虚偽に満ちあふれているのである。

以下では、これらの「共犯者の供述」の信用性について、また、供述の中核をなす部分の信用性には、重大な疑義が生ずるので、後で、この事項について論及する（⇒第4章2）。

本件では、犯行と上告人とを結びつける物的・客観的証拠がなく、罪体と上告人とを結びつける直接証拠とされる、分離公判前相被告人らおよび共犯者らの供述（自白）にも、上告人の罪体に関する部分には、複数の関係者が存在しながら、客観的証拠による裏付けができない。否、その反証となるべき客観的証拠すら存在する。そして、これらの供述の信用性は極めて疑わしいものに他ならない。

原判決には、「共謀」につき具体的な立証をなすことなく有罪とした違法があり、判決に影響を及ぼすべき事実の重大な違反があり、刑事訴訟法第411条第3号に定める破棄事由がある。

原判決において、上告人を有罪とするために罪体につき具体的な立証がなされていないことについては、本上告趣意書第2部第4章にて、詳しく主張する。

第2章 第2の上告の趣意：原判決は、刑事訴訟法第319条第2項、ひいては、 憲法38条第3項に違反すること

1 共謀成立の事実を共同被告人の供述（自白）のみを唯一の証拠として認定した違法があること

（1）原判決の問題性

原判決は、前述のとおり、本件につき、上告人が分離公判前相被告人であるM、Tらとの間での「共謀」をなしたことの立証を試みた。そこでは、「共謀」に関する物的証拠が皆無なので、上告人を「実質的経営者」（第一審）、「実質的に支配していた」（原判決）に仕立て上げ、その属性から、本件融資につき返済の能力がないことを認識することができたこと、また、上告人が不正融資の申込を認識して、「共謀」を行ったことまで推認できるとの荒唐無稽な代物であった。

無論、原判決と第一審判決は、上告人の罪体の具体的証明をなすために、さらに、相被告人であるMやSらの供述を判断材料とした。しかしながら、これらの相被告人の供述の中核となす部分の信用性に合理的な疑いがあるというのであれば、特段の事情がない限り、これと密接に関連するその余の供述の信用性にも重大な疑義が生ずるのは当然であるといわなければならない。そして、公訴事実を認定するに足りる証拠がなく、上告人は無罪とさるべきである。

（2）犯罪事実を共同被告人の供述（自白）を唯一の証拠として認定することができるか

「共謀」成立の事実を共同被告人の供述（自白）を唯一の証拠として認定することができるかの点について論ずる。

夙に、いわゆる練馬事件大法廷判決（最高裁昭和33年5月28日判決、刑集12巻8号1718頁）（以下、「大法廷判決」という。）の多数意見が、被告人本人との関係における共犯者（必要的共犯者を含む）の犯罪事実に関する供述は、憲法38条第3項にいう「本人の自白」と同一視し、又はこれに準ずるものとすべきでない、と判示して以来、長年に及び、判例及び学説において論議の対象とされてきた事項である。

この論点につき、本件に即して、現在採るべき結論から述べるならば、最高裁の大法廷判例の変更がなされたとしても、そもそも学説上、その争点について実質的な異論をみていないのであるから、また、大法廷判決以後においても、幾つかの最高裁判決において、反対意見も述べられてきたところであり、共犯者の「自白」の用語法も鑑みて、国民に理解し易い司法となるためにも、誤解をもたらさない判例

へと変更をなすべきである。

被告人本人との関係における共犯者（必要的共犯者を含む）の犯罪事実に関する供述は、憲法38条第3項にいう「本人の自白」と同一視し、または、これに準ずるものとすべきである。

（3）憲法38条3項の法意（大法廷判決）

大法廷判決によれば、憲法38条第3項の法意は、以下のとおりである。

「実体的真実でない架空な犯罪事実が時として被告人本人の自白のみによって認定される危険と弊害とを防止するため、特に、同条三項は、何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には、有罪とされ、又は刑罰を科せられないと規定して、被告人本人の自白だけを唯一の証拠と「犯罪」事実全部を肯認することができる場合であつても、それだけで有罪とされ又は刑罰を科せられないものとし、かかる自白の証明力（すなわち証拠価値）に対する自由心証を制限し、もつて、被告人本人を処罰するには、さらに、その自白の証明力を補充し又は強化すべき他の証拠（いわゆる補強証拠）を要するものとしているのである。すなわち、憲法三八条三項の規定は、被告人本人の自白の証拠能力の否定又は制限したものではなく、また、その証明力が犯罪事実全部を肯認できない場合の規定でもなく、かえつて、証拠能力ある被告人本人の供述であつて、しかも、本来犯罪事実全部を肯認することのできる証明力を有するもの、換言すれば、いわゆる完全な自白のあることを前提とする規定と解するを相当とし、従つて、わが刑訴三一八条（旧刑訴三三七条）で採用している証拠の証明力に対する自由心証主義に対する例外規定としてこれを厳格に解釈すべきであつて、共犯者の自白をいわゆる「本人の自白」と同一視し又はこれに準ずるものとすることはできない。けだし共同審理を受けていない単なる共犯者は勿論、共同審理を受けている共犯者（共同被告人）であつても、被告人本人との関係においては、被告人以外の者であつて、被害者その他の純然たる証人とその本質を異にするものではないからである。されば、かかる共犯者又は共同被告人の犯罪事実に関する供述は、憲法三八条二項のごとき証拠能力を有しないものでない限り、自由心証に委かざるべき独立、完全な証明力を有するものといわざるを得ない」。

（4）少数意見の内容

上記の多数意見に対して、真野、小谷、藤田、小林、河村大助、奥野各裁判官の6名の少数意見は、以下のとおりであり、共同審理を受ける場合の共犯者の自白はそれだけでは完全独立の証拠能力はないとし、共犯者の自白だけでは有罪となしが

たいことを説示した。

「憲法三八条二項は、「強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない」と定め、第三項は、「何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には、有罪とされ、又は刑罰を科せられない」と定めている。これによつて警察官、検察官、裁判官が自白偏重の弊に陥ることを防止せんと期しているのである。この趣旨から考えると、自白の内容が、被告人である自白者自身の犯罪事実であると同時に、共同審理を受けている他の共犯者（共同被告人）の犯罪事実である場合においては、当該自白のみで自白者を処罰できないとされる以上、その自白だけで犯罪事実を否認している他の共同被告人を処罰することは、もちろん許されないものと解するを相当とする。もしそうでないとすれば、自白者たる被告人はその自白によつて有罪とされないのに、同一犯罪事実を否認している他の共同被告人は却つて右同一自白によつて処罰されるという不合理な結果を来すことになる。そればかりでなく、一人の被告人に対して、その自白だけでは有罪とされないことを好餌として自白に誘導し、その自白によつて他の共同被告人を有罪とするため、それを利用する不都合な捜査が行われる弊害を生ずるおそれがないとは言えない。これでは、憲法が自白偏重の悪弊を防止しようとする意義を没却することになる。

一般に共同被告人は、互に他の被告人に刑責を転嫁し、又は自己の刑責を軽減しようとする傾向があるのが通例であるから、一被告人の供述だけで他の共同被告人の罪責を認めることは、人権保障の上においてはなほだ危険であるといわなければならない。

昭和二四年五月一八日大法院判決（昭和二三年（れ）七七号、刑集三卷六号七三七頁）は、これらの趣旨に基き、共同被告人の供述はそれぞれ被告人の供述たる性質を有するものであつて、それだけの証拠では独立して他の共同被告人の罪責を認めることはできないという立場を採つた。そして、この立場に立ちつつ、ある被告人の自白がある場合には、共同犯行に関する他の被告人の供述をもつてこれを補強証拠とすることはできるという意義にほかならない。したがつて、他の被告人の自白がない場合には、その被告人の供述は、その被告人を中心として考えれば、本来補強証拠の問題を生ずる余地のないことは理の当然であり、一人の共同被告人の供述だけを証拠として犯行を否認している他の被告人の罪責を認めることができるといふ意義を含んでいることは明らかである。そして。その後の大法院判例も、これに従い、小法院判例もこれに従っている（昭和二四年（れ）四〇九号、同二五年七

月一九日大法院判決，集四卷八号一四六五頁，昭和二四年（れ）一六一四号，同二六年八月二八日第三小法院判決，集五卷九号一八一頁，昭和三〇年（あ）八六一号，同年九月二九日第一小法院判決，集不登載）。

多数意見は，共同被告人であつても，ある被告人本人との関係においては，被告人以外の者であつて，被害者その他の純然たる証人とその本質を異にするものでないから，一人の共同被告人の供述だけで他の被告人を有罪とするのを妨げないとしている。しかし，共同被告人が数人（ABC）ある場合に，一人被告人（A）を中心として観察すれば，他の共同被告人（BC）は被告人（A）以外の者であり，他の共同被告人の自白は被告人（A）「本人の自白」でないことは，形式論理にすぎない。しかし，この形式論で憲法三十八条三項を割切つて解釈する多数意見は，前に述べた同条項に含まれている趣旨を深く考慮せざるものであつて裁判における共同被告人の人権の保障の見地からすれば著しい後退を示すものであつて是認することを得ない」。

（5）大法院判決以後における最高裁判所の動向

大法院判決以後の最高裁判決を鳥瞰するに，最高裁は，共犯者の自白を，憲法38条3項の規定にいう『本人の自白』と同一視し，又はこれに準ずるものとすべきでないという消極説を採用し，以降同旨の判決が続いたのである。すなわち，最判昭和33・7・10（刑集12巻11号249頁），最判昭和35・5・26（刑集14巻7号898頁）（高木裁判官が反対意見），最判昭和40・2・9（裁判集54号67頁）（田中二郎裁判官の反対意見），最判昭和45・4・7（刑集24巻4号26頁），そして，最高裁昭和51・2・19（刑集30巻1号25頁）（「最高裁昭和51年判決」という）が，これらである。

（6）最高裁昭和51年判決の意義

最高裁昭和51年判決は，幾つかの点で注目に値する。本判決で，団藤裁判官は，自説を展開して，練馬事件大法院判決の判例変更を主張したが，下田裁判官の同調を得るにとどまり，いわゆる積極説は3対2でしりぞけられ，判例変更には至らなかった。

本判決では，積極，消極説の対立のほかに，補強証拠の範囲・程度の問題に関して，原審と最高裁団藤裁判官と下田裁判官の間で見解が対立した点も注目されるところである。

ただ，本判決において，見落としてならないことがある。藤林，岸上，岸の三裁判官は，結論としては，積極説を指示したが，「原判決が共犯者の供述のみによって…犯罪事実を認定したものでないことは，…明らかである」とし，また，下田裁

判官は、「原判決挙示の物的証拠と証人の証言は、共犯者の自白を補強するに十分なものがある」としているので、四裁判官の見解では、本件は共犯者の自白だけで有罪とすることの可否が問題となった事例ではないことになる。

本判決の直後にも、最判昭和51・10・28（刑集30巻9号1895頁）により、本判決と同じ構成によって、「共犯者2名以上の自白による被告人の有罪認定と憲法38条3項」につき5名全員一致（団藤，下田両裁判官が積極説）の判決が下され、消極説が維持されてきた。

以上のとおり、わが国の判例法上は、消極説が確立したかの様相を呈してきた。形式的・外観的には、そのように言えよう。しかしながら、供述するように、学説でも、積極説が依然として有力であるところから、また、積極・消極の両説の隔たりはほとんどないのであるから、裁判における共同被告人の人権の保障の見地からも、判例を変更し、国民に「共犯者の供述」に関する正確な理解を提供すべきである。

（7）対立しているかに見えるが、同一の危機感を承認する学説

わが国の学説状況を瞥見するに、積極説と消極説という対立構造がすべて解消されたわけではない。しかし、両説の論拠には鋭い対立があるかのように見られるのであるが、その内容を検討するに、共犯者の供述の危険性を承認する点では、ほぼ一致しているので、相互に接近しているといえよう。

田宮裕教授のコンパクトなまとめに拠れば、その理由は、以下のようである。「第1に、消極説も、他の証拠がないのに被告人の有罪の確信がえられるのは稀だとか、通常は裏づけ証拠がなければ自由心証主義に反する不合理な認定だ、とする（平野236頁，松尾・下80頁）。第2に、判例も、八海事件以来、共犯者の供述の危険性を説いて、これと符合する他の証拠（被告人の結びつきに関する）がないときは、事実誤認としあるいはこれを示唆する事例が集積する傾向にある（最判昭和51・10・28刑集30巻9号1859頁，最判59・4・24刑集38巻6号2196頁）。第3に、判例は、昭和33年以来一貫して消極説に立つとはいえ、その後もたえず積極説を内容とする少数意見ないし補足意見を伴った判断を出し続けており、消極説の不安定さを示す結果となっている。

このようにみると、いずれの説によっても共犯者の供述の危険性ないし補強の必要性自体は一般に承認されているといつてよいのではないかと思う（その危険は、自白に伴うものの他、①引っ張り込み、ないしは責任転嫁の危険、②共犯者は事情に通じているばかりに、「9の真実に1つの嘘を混ぜて」供述することができ、切り崩すのが特に困難、等の事情で倍加する。そこで、問題は、これを不文の事実

認定法則にとどめておいて良いか、それとも、自白の考え方を借用して補強法則という法原則にまで高めるべきであるかということになる。

両説の対立は、今日、この意味の方法論の違いにあるとみるべきであろう」（田宮『刑事訴訟法〔新版〕』359～360頁）（下線による強調は、上告人弁護人）。

以上の通りであり、自白の証明力を制限し、「自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合に、有罪とされ、又は刑罰を科せられない」と定める憲法38条第3項の根本趣旨に立脚するならば、同条にいう「本人の自白」には、共犯者の供述（自白）も含まれる、または、準ずるものとすべきである。

（8）誤判の原因となる共犯者の供述（自白）

共犯者の供述（自白）が誤判（誤った有罪判決）を引き起こす原因になることについては、古くから知られてきた。練馬事件に対する最高裁大法廷判決前の最高裁は、積極説を採用していた（最高裁昭和23・7・14（刑集2巻8号776頁）、最高裁昭和23・7・19（刑集2巻8号952頁））。ところが、不幸なことにも、練馬事件最高裁大法廷判決が下されることとなる。しかし、その後共犯者の供述（自白）による幾多の誤判が、現実には発生した。以下では、その概要に触れることとし、まず、なぜ共犯者の供述（自白）が危険であるかを、上田誠吉・後藤昌次郎『誤った裁判』（岩波新書）で紐解くことにする。

「一般に自白をする場合はできるだけ自分の責任を小さくするように供述するのが人情の常である。自分の責任をできるだけ軽くする努力は同時に共犯者の責任をできるだけ重くする努力と表裏する。単独で犯行をしたというよりも、仲間と一緒にやったという方が自白者の主観においては犯情が軽いものとして意識される。犯罪の責任が何となく共犯者の数に応じて分割されるように考えるのである。自分は他人の犯罪を手伝ったのだといえ一層責任は軽くなるであろう。更に、他人からやれといわれて一緒にやったのだといえ益々軽くなることは必定である。ここが共犯者の自白の危険なところである。とくに取調官の側であらかじめ共同犯行を決めてかかっていたり、あるいは共犯者の自白のなかに登場させたい人のねらいを定めているような場合は尚更のこである」、「共犯者の自白は虚偽を含む可能性が本人の自白よりも一層大きいのである」（205～206頁）。

遺憾なことながら、共犯者の供述（自白）の信用性が否定された裁判例は、公刊されたものだけでもかなりの数におよぶ」（『共犯者の供述の信用性』（法曹会、平成8年））。そして、誤判にとどまらず、冤罪・再審も相当数が報告され、検討の対象とされているのである（下村幸雄『共犯者の自白』（日本評論社、1996年））。し

たがって、これらの事態に対応するためには、まず、憲法38条第3項の根本精神に立ち戻ることは、ますます必要不可欠であるといわなければならない。

(9) 共犯者が「悪魔の語り部」となる危険性を排除しなければならないこと

本件において、原判決また第一審判決は、上告人が「実質的に支配した」、「実質的経営者」であるか否かを立証するために客観的証拠を利用しえたといえども、上告人が本件詐欺行為に「共謀」したかを判断するに及び、客観的証拠は皆無であり、いきおい分離前共同被告人であるMらと被疑者Sの供述に拠らざるをえないことになる。しかしながら、やはり、分離公判前被告人や共犯者の供述（自白）を唯一の証拠とすることは、上告人を有罪とするために、信用性のない共犯者が「悪魔の語り部」となり、その供述（自白）が無辜の民を有罪に貶める多大なる危険が潜むといわなければならない。

このような危険を排除する用意周到な判例を提供することこそ、司法の果たすべき使命といえるのではないか。

2 複数の共同被告人の供述（自白）のみによって、被告人を有罪と認定することとも違法、違憲であること

(1) 2名以上の共犯者の自白は、相互に補強するか

本件では、原判決や第一審判決のように、上告人が「実質的に支配した」、「実質的経営者」であることから、罪体の立証をなそうと飛躍した推論を放棄して、端的に、上告人の罪体である「詐欺の共謀」を立証するための物的証拠が皆無であることから、その立証をなすために分離公判前相被告人と共犯者らの供述（自白）が重要視されたことも当然であるといわなければならない。

そこで、共同被告人が複数存在する場合に、被告人本人が否認し、2名以上の共同被告人が供述（自白）している場合に、共同被告人の供述を唯一の証拠として、被告人を有罪とすることができるかが問題となる。

(2) 最高裁昭和51年判決の出した結論と団藤裁判官の意見

この問題については、最高裁昭和51年10月28日第一小法廷判決（昭和51年（あ）第765号，詐欺，同未遂被告事件）刑集30巻9号1895頁）がある。

「共犯者の供述（自白）に、補強証拠はいらない」という最高裁の立場からは、当然の如くの上告人の有罪が肯定されることになる。まして、共犯者の2名以上の供述（自白）があれば、尚更ということである。同判決は、以下のように言明した。

「共犯者二名以上の自白によつて被告人を有罪と認定しても憲法三八条三項に違反しないことは明らかであるから、共犯者三名の自白によつて本件の被告人を有罪

と認定したことは、違憲ではない。のみならず、原判決がその基礎とした第一審判決の証拠標目によると、共犯者らの自白のみによつて被告人の犯罪事実を認定したものでないことも、明らかである。所論は、これを採用することができない」。

各裁判官の意見を検討するに、まず、下田武三の補足意見は、以下のとおりである。

「わたくしは、当裁判所の昭和四九年（あ）第三二一号同五一年二月一九日第一小法廷判決（刑集三〇巻一号二五頁）に付した意見において、共犯者の自白も憲法三十八条三項にいう「本人の自白」に含ませ、その証明力を制限的に評価することを相当とすべき旨の見解を述べたのであるが、本件の場合には、共犯者が三人おり、その三人が別個、独立に行つた自白の内容が一致するというのであるから、その三人の自白は互いに補強し合つて強い証明力を有するに至つたものと認めて差し支えなく、したがつてこれを証拠として被告人を有罪としても、憲法三十八条三項に違反することにはならないものとするのである。そして、その理由の詳細については、団藤裁判官の補足意見に同調する」。

また、岸盛一、岸上康夫の補足意見は、以下のとおりである。

「共犯者の自白が憲法三十八条三項にいう「本人の自白」に含まれないと解すべきことについては、当裁判所の昭和四九年（あ）第三二一号同五一年二月一九日第一小法廷判決（刑集三〇巻一号二五頁）の多数意見において述べたとおりであつて、その見解は今日においても改める必要を認めない。そして、この見解によるときは、被告人の自白がなく、共犯者一名の自白しかない場合であつても、被告人を有罪とすることが許されるのであるから、本件のように、被告人の自白がなく、共犯者二名以上の自白がある場合には、右の共犯者らの自白を証拠として被告人を有罪としても、憲法三十八条三項に違反するものでないことは、いうまでもない」。

そして、共犯者の自白に補強証拠を必要とする立場の論者でも、定型的な誤判の危険が解消するという理由で、積極説をとる者がいる。本判決の補足意見で、団藤重光裁判官は、以下のようにいう。

「わたくしは、当裁判所の昭和四九年（あ）第三二一号同五一年二月一九日第一小法廷判決（刑集三〇巻一号二五頁）におけるわたくしの反対意見の中で述べたとおり、共犯者の自白も憲法三十八条三項にいわゆる「本人の自白」に含まれ補強証拠を要すると解する者である。問題は、共犯者の自白が相互に補強証拠となるかどうかである。おもうに、一人の被告人のばあいには、その者の自白がいくつあつても、それらが相互に補強証拠となりうるものでないことは、あまりにも当然である。これに反して、共犯者の自白は、いうまでもなく、格別の主体による別個・独立のも

のである。二人以上の者の自白が一致するときは、たといそれが共犯者のものであろうとも、誤判の危険はうすらぐことになるから、相互に補強証拠となりうるものといわなければならない。ことに、本人も共犯者もともに自白しているようなばあいには、共犯者の自白が本人の自白を補強するものと考えて、本人を有罪とすることが出来るものというべきである。ただ、本件のように、本人の自白がないばあいに、共犯者二人以上の自白だけで本人の有罪をみとめてよいかどうかについては、右の見地以外に、さらに他の観点からも考察を加えなければならない。けだし、共犯者の自白に補強証拠を必要とすることは、アメリカ合衆国の諸州の法制にみられるところであるが（たとえば、一九七〇年ニュー・ヨーク州刑法六〇・二二条一項参照）、そこでは、二人の共犯者の証言があつても、なお、補強証拠を要するものと解されているからである。しかし、こうした法制の背景には、イギリスにおける同様の実務慣行以来の歴史的な沿革があるのであつて、その主眼は、共犯者による誤った他人の巻きこみを防止することに置かれている。だから、このばあいに補強証拠が必要とされるのは、一般のばあいのように罪体についてではなく、被告人と犯罪との結びつきの点についてなのである。このような法制は、それなりに合理性をもつものというべきであろうが、こうした沿革をもたないわが国の法制において、憲法三十八条三項の解釈としてそのまま結論を導くことは困難だといわなければならない。わたくしが、共犯者の自白も「本人の自白」に含まれ補強証拠を必要とするものと解するのは、英米法制を参照しながら、かのような限りで、これに近い取扱いをわが憲法三十八条三項の解釈論にも持ちこもうとする意図をもつものであるが、そこには一定の限界がある（団藤・「共犯者の自白」齊藤金作博士還暦祝賀・現代の共犯理論・昭和三九年・六九三頁以下、ことに七〇一～七〇三頁参照）。わたくしは、二人以上の共犯者の自白は相互に補強し合うものであつて、否認している本人をこれによつて有罪とすることは、憲法三十八条三項に反するものではないと解するのである。

なるほど、所論のいうとおり、検挙された者が自分に有利な扱いをしてもらうために、捜査官の誘導や暗示に迎合して、他の者を渦中に巻き込むような、心にもない供述をする危険がないとはいえないであろう、だからこそ、わたくしは、共犯者の自白も「本人の自白」に含まれると解するのである。しかし、だからといつて、共犯者の自白が相互に補強証拠にならないとまでいうのは、行きすぎである。二人以上の共犯者の自白があるばあいにも、所論のいうような事態がないとはいえないが、それは事実認定にあたつての自由心証の問題として、また、極端なばあいには

捜査官の違法な誘導等による自白という観点から証拠能力の問題として、解決されるべきことである。

本件では、共犯者三名のほぼ一致した自白があつて、これによつて被告人の犯罪事実を認めるのに足りるのであり、しかも、共犯者らの自白だけによつて、被告人の犯罪事実が認定されたのではないのであるから、いずれにしても論旨は理由がないというべきである。わたくしは、多数意見が従来の大法廷判快の趣旨を援用している点には賛成しがたいが、その点を除いては、多数意見に同調する」。

(3) 最高裁昭和51年判決の補足意見

最高裁の本判決における裁判官の補足意見を検討するに、次の2点を指摘しなければならない。第1に、共犯者の誤った自白により無実の他人の巻き込みを防止する必要性である。団藤裁判官は、ニュー・ヨーク州刑訴法の規定を引用して、そのような防止策として、2人の共犯者があつても、なお補強証拠を要するものと解されているとした。そして、この場合に補強証拠が必要とされるのは、一般の場合のように罪体ではなく、被告人と犯罪の結びつきの点についてであるとした。又、多数意見の岸、岸本裁判官も、補足意見において、共犯者による無実の他人の巻き込みの防止について触れ、そのような防止対策として補強証拠の存在を必要としている外国法制に言及しながらも、わが国の憲法38条3項の解釈に持ち込むことは、本来の趣旨に反するのみならず、自白した共犯者らは相互に自白が強化されて有罪となるのに、被告人は自白していないため処罰を免れる不均衡をもたらすことになり妥当でないとした。そして、「共犯者の自白は「本人の自白」に含まれないとする従来の当裁判所の判例の立場をとりながら、自由心証主義の合理的な運用により誤りのない事実認定を期するという解釈方法を選ぶのも、このような考慮をしたからにはほかならない」と結ぶのであるが（下線による強調は、上告人弁護士）、わが国においては、周知のように、現在でも、誤判や冤罪の危険は薄らいだどころか、誤判や冤罪が現在でも多発していることは否定しがたい事態である。従来の最高裁の立場をとり、自由心証主義で合理的な事実認定は、やはり確保されていないことを如実に物語るものである。まして、捜査官の作成による自白調書の作文が公然と語られる現状を鑑みるに、誤判や冤罪を防止するためには、取調の可視化の要請とともに、共犯者の供述による無実の他人の巻き込みを防止する判例法上の対策を講ずることも不可欠となろう。

したがって、本人が否認している場合に、複数の共犯者の供述（自白）だけで、有罪とすることはできないとすべきである。以下では、この趣旨の主張を更に敷衍

する。

(4) 共犯者の自白は相互に補強しないということ

ア 一人の無辜の民は、複数の無頼者の供述（自白）から身を守る術がないこと

第2に、2名以上の共犯者の自白は相互に補強しないということである。団藤裁判官は、本判決の補足意見で、「共犯者の自白は、いうまでもなく、各別の主体による別個・独立のものである。2人以上のものの自白が一致するときには、たとえそれが共犯者のものであるとも、誤判の危険は薄らぐこととなるから、相互に補強証拠となるといわなければならない」とした（下線による強調は、上告人弁護士）。

団藤重光裁判官の所説を拝見しながら、根本的な疑問を抱かざるを得ない。「悪貨が良貨を駆逐する」が如き事態は、生じないのか。また、「質は、量により担保されうるのか」との疑問である、ということである。

上告人は、このような考え方が警察や検察そして裁判所を風靡することにより、誤判の危険が存続することは否めないと判断する。一人の無辜の民も、複数の無頼者の供述（自白）から身を守る術がないことになるからである。まして検察官調書の作成後に逃亡したら、最後となる。

共犯者の自白は、決して「別個・独立のものでない」。複数犯人による巻き込みや、共犯者が自白したといって自白が強要され、虚偽の自白が伝播して行く事例が多いことは、すでに実証済みである。たとえば、Y老事件、足立暴走族事件、賭博開張図利事件、松川事件、青梅事件、三鷹事件、六甲山殺人事件、日石・土田邸事件、総監公舎爆破未遂事件等は、同じ事例に関するものである（これらの事件等については、下村『共犯者の自白』458頁）。

イ 学説は、消極に解することが確立していること

この事項に関する学説を散見するに、英米法では、「2名以上の共犯者の自白は相互に補強するか」という問題については、消極に解することが確立している。すなわち、「補強証拠は共犯者から独立したもので共犯者の供述以外の何らかの証拠でなければならないから、共犯者の供述を相互に補強証拠とすることはできない。…要するに、共犯者と称する犯罪者はおよそ信用できないのであるから、共犯者が何人いようと、その不信用性に変わりはないというのである」（小早川義則『共犯者の自白』（成文堂、1990年）52～53頁）（下線による強調は、上告人弁護士）。また、「他人を自己の犯罪に巻き込み、巻き添えにするという共犯者の自白の危険性に注目すれば、たとえ二人以上の共犯者B・Cの

自白が一致した場合でも、被告人Aと犯罪との結び付きについての補強証拠がなければ、Aを有罪とすることはできないとすべきである（光藤景皎『口述刑事訴訟法（中）[補訂版]』（成文堂、2005年）265～269、特に、269頁等）。

ウ 共犯者の数が単数から複数になると相互に補強することは、極めて疑わしいこと

そもそも共犯者という立場にある者の供述（自白）が、共犯者の数が単数から複数になると相互に補強する（証明力を増加させる）ことになるということは、極めて疑わしい。なる場合も、無論相互に補強することもありうるであろうが、共犯者がみんな（複数で）虚偽の供述をすれば、被告人本人が犯行を否認していても、被告人本人を有罪に導きうるとすれば、これは司法が蛮行のための論理を提供しているに過ぎないということが出来る。

ことに、犯行に関わらない人々の証言ですら（例えば、目撃証人）、その真実性が疑われる事件が頻繁に発生し、冤罪事件とされるのが稀ではないわが国である。まして、共犯者の場合には、それ以上に事態を悪化すると考えるべきであり、共犯者の供述は、虚偽でありうることを前提に、それに対処できるよう証明力の判断をすべきものと思われる。

共犯供述（自白）の見かけ上の一致にだまされてはならない。取調官がパチルスとなって、自白が伝染する。特に、「政治的な事件とみられた事件では、一般的な事件よりもパチルスの感染力は強いものらしい。それは、恐らく警察・検察が組織として臨む熱意に比例する」（浜田寿美男『自白の研究』620頁）と指摘されることは、政治的の意図が見え隠れする本不正融資事件に、該当するといえる。

共同被告人また容疑者の自白の一致は、「自ずからなるもの」か、はたまた、「媒介なくして考えられないもの」であるかが真偽の分かれ目であるといわれる。本件における共同被告人M、容疑者Sについては、自己の刑責の減免を計るために、自白を誘導し、また、強要した痕跡が濃厚である。裁判官は、練馬事件大法廷判決後の実務の影響もあり、共犯者の自白の魔力に弱く、検面調書に依存しがちとなるかもしれない。しかしながら、調書裁判の結果として、特信性がない共犯者の自白検面調書にも盲目的となるとの裁判の批判にも耳をそばだてることも必要ではないのか。

エ 本件で、上告人を有罪と判断することは、憲法38条3項、刑訴法319条2項に鑑みて、違法、違憲であるといわざるをえないこと

以上のことから、端的に言えることは、最高裁昭和51年判決の「2名以上の共犯者の自白は相互に補強証拠となりうる」との判旨は、複数の共同被告人の

供述（自白）のみによって、被告人を有罪と認定することである。憲法38条3項、刑訴法319条2項は、共犯者の供述（自白）にも準用されるべきであり、共犯者の供述（自白）には、あくまでも補強証拠が必要であるといわなければならない。

本件は、最高裁昭和51年判決の構図が妥当する場合であり、上告人が「詐取の共謀」の罪体を否認し、「共謀」を立証する客観的な証拠が存在せず、共犯者の供述、しかも、信用性の極めて疑わしい共犯者（分離公判前相被告人）等の唯一の供述に基づき、有罪の判断をしたものであり、憲法38条3項、刑訴法319条2項に鑑みて、違法、違憲であるといわざるをえない。

3 補強証拠は、被告人と犯罪との結び付きについて必要であること

（1）「共犯者の供述（自白）には、補強証拠が必要であるといわなければならない」との命題

「共犯者の供述（自白）には、補強証拠が必要であるといわなければならない」との命題に、付言すべきことがある。それは、他人を自己の犯罪に巻き込むことや巻き添えにすることの危険に対処するためには、補強証拠は、被告人本人と犯罪事実との結び付き、すなわち、被告人と犯人の同一性について必要となることは当然であると言わなければならない、ということである。

（2）平野博士と堀内判事の見解

このことは、以下に引用する平野博士と堀内判事の見解に示されているとおりである。

平野博士は、夙に、「通常は、被告人が犯人であることについて共犯者の自白を裏づける他の証拠がない限り、その認定は、自由心証主義に反する不合理なものといなければならない」（平野竜一『刑事訴訟法』236頁）、堀内信明判事が、「被告人と犯罪事実との結びつきについて補強証拠を必要とする運用が妥当であろう」（「刑事事件における事実認定－特に自由心証主義のあり方」判例時報912号10頁）と、また、岩田誠判事が、「万一自白だけで他に全く補強証拠がないのに他の共犯者乙を有罪としたような場合には、その自白の信憑性は極めて少いから、事実誤認として破棄すべきであろう」（『ある裁判官の思索と意見』109頁）とされているのは、この方向への判例法の進展を期待させるものであった。

かくして、「被告人本人Aが否認し、共犯者Bが自白し、この自白が唯一の有罪証拠である場合、Bの自白でAを有罪とすることはできない」ということになる。英米法では、被告人と犯罪との結び付きについてまで補強証拠を必要とすることは、

確立している（小早川義則『共犯者の自白』（成文堂，1990年）52頁）。

被告人本人の自白の補強法則については、補強を要する範囲は、「罪体」（犯罪事実の客観的部分）で足りるとするのが通説である。しかし、共犯者Bの供述（自白）の場合には、その危険性は、他人を引き込む点にあるから、被告人本人Aと犯罪との結び付きの点について補強がなければ意味がない（光藤景皎『口述刑事訴訟法（中）』264頁等）（加瀬による強調は、上告人弁護人）。まさしく、正論であると言わなければならない。

（3）本件では、補強証拠が必要不可欠であること

原判決および第一審判決においては、「共謀」の存在とその内容に関する客観的証拠がないことから、上告人が「共謀」に関与したことの立証のためには、共犯者で共同被告人であった、特にMの供述に拠らざるをえない。しかし、Mの供述に信用性を見い出すことができなければ、何らかの補強証拠が必要不可欠であり、この補強ができないときに上告人を有罪とすることは、到底できないことになる。

一般論として、被告人本人の補強法則としては、罪体自体でも足りうるが、共犯者の供述の場合には、上告人と犯行との結びつきについて、補強証拠が不可欠であるとしなければならない。

第3章 原判決には、上告人の反対尋問権を否定する違法があり、刑事訴訟法第411条第1号に該当する破棄事由があること、また、刑事訴訟法第321条2項2号は、憲法32条2項に違反すること

（1）憲法37条2項の本旨（1 反対尋問権の保障）

憲法37条2項は「刑事被告人はすべての証人に対して審問する機会を充分に与えられ」と規定するところ、この反対尋問権の保障は、刑事被告人のために公正な裁判を保障する最も基本的な権利であり、この権利の具体的保障手続を定めた刑事訴訟法上の各条項も、反対尋問権の行使により真実が明らかになりうる実質的可能性を被告人に保障するものとして解釈適用されなければならない。

この反対尋問権は、手続的には伝聞証拠の排除という形で保障されるが、刑訴法は、320条以下において伝聞証拠の証拠能力を基本的に否定し、例外的に極めて厳格な要件の下に伝聞証拠の証拠能力を認めることにより、被告人の反対尋問権を保障している。

（2）捜査段階の供述調書が公判に提出される場合の供述証拠の証拠能力

しかるに、本件のように、分離公判前相被告人Mや共犯者Sらのように、捜査段

階の供述調書が公判に提出される場合に問題が生じうる。判例によれば、分離公判前相被告人および共犯者も本人（上告人）から見れば第三者となるから、その供述調書は、刑訴法321条1項1号各号により証拠能力が認められる（最判53・6・19刑集7巻6号1342頁）、というものである。しかし、まず、共犯者の供述調書については、公判調書をこえて供述調書まで証拠能力を認めるべきでない。

（3）刑訴法321条1項2号前段の供述者の「供述不能」

刑訴法321条1項2号前段は、裁判官調書と同様に、原供述者の「供述不能」（死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいるため）だけで、検察官調書に証拠能力を認める。しかし、そもそも、検察官は訴追者で、公平な第三者ではなく、宣誓による担保もないのであり、前記規定は被告人に反対尋問権を保障した憲法37条2項に違反する。

検察官面前調書と強制退去に関連して、最高裁平成7年6月20日第三小法廷判決があることは承知しているところである（刑集49巻6号741頁）。出入国管理および難民認定法の下で強制退去事由があり、供述者が国外にいる場合と、本件のように、保釈された者が、実刑判決を下された後、控訴審公判前に、「今回は上告人に犠牲になってもらう」と述べ、逃亡する場合を同一視することができるかということである。

国外退去の場合とは異なり、刑訴法321条1項2号前段は、死亡等の「供述不能」場合を制限的に定めているものであり、分離公判前相被告人の「逃亡」そして「行方不明」は、事情は同一ではなく、軽々に上告人の不利益に解されるべきではない。たとえ、国外に逃亡したとしても、現在では、インターポールのシステムにより、また、わが国内で一時的に行方不明であったとしても、公開捜査により、逃亡したMの身柄を確保することが十分可能である。ただし、Mは競馬の予想に関する著名人であるにもかかわらず、関係当局がMに対して身柄の確保に努めている気配は、全くない。穿った見方をすれば、上告人の刑責が確定するのを待っているとも考えられる。これも、巷では、日本の警察と検察、そして、司法であると諦めているのである。

（4）刑訴法321条1項2号前段と「特に信用すべき情況」

確かに、戦後間もなく、最高裁大判昭和27年4月9日（刑集3巻6号789頁）の判決により、この規定が違憲でないとの判決が下されている。しかし、供述不能の事態は、現在、その事由の内容により同一でない。供述不能な状態が改善されたり、打開されたときには、反対尋問権を保障するためにも、その信用性を確保する状況

の保障が必要であると判断される。でないとすれば、共犯者の供述（自白）しか存在しない事案では、相被告人または共犯者の逃亡により、いつでも「供述不能」扱いとされ、検察官調書が証拠能力を有することとなり、被告人本人はそれだけで有罪となりうるのである。

この事態は、十分考慮されて、慎重にして回避されるべき事態であると確信する。憲法38条3項に関する共同被告人の自白のみによって被告人を有罪としうるとの解釈は共犯者の自白が誤判の危険を孕みうることへの懸念という指摘をし、既に言及したことであるが、この懸念は、共同被告人や共犯者の逃亡による検察官調書の「供述不能」により、決定的となると言うことに他ならない。

したがって、上告人弁護人は、この規定の違法・違憲を主張する者であるが、たとえ合憲であると解釈されるにせよ、このような場合に、検察官調書の証拠能力を認めるためには、「特に信用すべき情況」（特信性）のある場合に厳しく限定すべきである、と主張するものである。当然の主張であるといわなければならない。

（5）「供述不能」の理由は、制限的列举と解されるべきであること

判例は、前記規定を合憲とするだけでなく、「供述不能」の理由を制限的列举でないとし、証人が証言拒否権を行使した場合や相被告人（共同被告人）が黙秘権を行使した場合や、証人の記憶喪失の場合などにも広げているが、不当である。

なぜならば、遺憾の極みであるが、「共犯者の公判廷外の自白は密室で作成された『作文』である」という理解は、いわば、当然・公然視されている。昨今、取調べの可視化を必要とする事態を直視するならば、まさしく首肯される事態であり、理解であるといわざるをえない。そして、「捜査官の思い込みと『共犯者』の利害とが完全に合致するところにその危険性があるだけに、『作文』の危険性は本人の自白調書の比ではないといってよい」（小早川義則『共犯者の自白』299頁）。このような共犯者の法廷外自白に特有の類型的危険性を考慮するならば、共犯者の自白調書は、そもそも、一般に特信用状況を欠く供述と見るのが妥当であると言わなければならない（平場安治他『注解刑事訴訟法（中）』（全訂新版）745頁〈鈴木茂嗣〉）（下線部分は、上告人弁護人の強調）。

まして、本件においては、保釈（再保釈）の許可された、上告人と敵対関係のある分離公判前相被告人（M）が公判前に逃亡したケースである。刑訴法321条1項2号前段は、保釈制度を悪用して、敵対関係のある者を補強証拠なしに罪に貶めることができるように、解釈・適用されるべきでない。共犯者本人に対して刑訴法322条で処理する以上、これと不可分一体の供述についても322条の要件（任意性）

を考慮するのが相当であり、322条と321条を競合適用して処理すべきである（鈴木茂嗣『刑事訴訟法』（改訂版）211頁等）。

（6）Mの供述（自白）調書には、特信性はないこと

以上の一般論に基づき、原審および第一審の判断を検討することにする。まず、分離公判前相被告人Mは、第一審で、懲役三年の実刑に処するとの判決を下された後、保釈金の総額を金600万円に積み増しされ、再保釈を認められたが、その後逃亡し、行方不明となった。原審公判前における逃亡、それだけでも、Mの供述（自白）調書には特信性はないと断ぜざるをえない。そして、このことにより、上告人の有するMに対する反対尋問権は行使する機会を奪われた。

上告人弁護人も、国民の一人として、率直に思う。そして訴えたい。保釈を悪用して司法を愚弄する被告人と自分の無実を主張する上告人を比して、どちらの供述を信用するというのであるか。そして、問いたい。保釈制度とは、保釈された被告人が逃亡すると、相被告人を有罪にできるようにする制度ですかと。そのようではないと勿論信じたいが、本件上告人が有罪とされるならば、そのようにしか理解できないのではないか。

（7）証拠の標目中、「一部不同意」が削除されていること

確かに、共犯者自白に関して、本件のように、意図的に、共同被告人の弁論を分離するならば、共同被告人たる共犯者らも被告人（上告人）本人との関係では、証人として異なるものでなく、証人としての供述に証拠能力が認められるというのが判例である（最判60・9・9刑集14巻11号1477号）。

しかし、形式的な公判の分離することにより、被告人としての包括的な黙秘権の保障が奪われており不合理であることは歴然としている。わが国において、公判の分離がこのような目的のために用いられてきたとしても、それが、真実を語ることに正義に資する訳でもない。むしろ、この制度が悪用されて来たことは、欺瞞に満ちた共犯者の存在により冤罪が多発したことにより実証済みであると言わなければならない。

それゆえ、被告人質問を通して上告人、（被告人）本人が他の共犯者たる被告人らに「反対尋問」を行い、それが効果を上げたときにのみ、証拠能力を認めるべきである。

（8）Mの検察官調書は、「供述不能」の場合に該当しないこと

検察官の面前においてMの供述を録取した書面は、いずれも、刑訴法第321条1項2号前段に定める「供述不能」の場合には該当しないと解されるべきである。

加えて、Mによる上告人との「共謀」についての供述が著しく変遷しており、これまた、信用性に悖ることは後述することにする。

原判決および第一審判決が、厳格な証明をなすべきところ、一部不同意とされた証拠能力のないMの検面調書（乙11ないし乙14）に基づき、上告人との「共謀」を認定したことは、刑訴法321条1項2号前段に反するのみならず、そもそも、上記規定は、被告人に反対尋問権を保障した憲法37条2項に違反する、と云わなければならない。

第一審における証拠の標目を検討するに、分離前のMの検面調書は、4通あり、乙11ないし14である。しかし、検察官により作成され、検察官が証拠調べを請求した証拠のうち、乙10から乙14の供述調書に対する認否の結果、弁護士等は、平成21年7月31日付けで、すべての調書につき、一部不同意としたはずである。ところが、判決文の証拠の標目の記載によれば、乙10が除かれているものの、その余の乙号証拠の不同意部分は除外されずに、事実認定がなされたとしか思われない。検察官調書の「供述不能」取扱いにより、「一部不同意」が削除され、全面的な証拠能力を有するものとして評価されたことが顕出される。

よって、刑訴法321条1項2号前段の規定の違憲性が認められるとすれば、原判決は、有罪の言渡をするには、その標目を示さなければならないとする刑訴法335条1項の趣旨に反し、同法378条4号の「判決に理由を附せず」の事由に該当するものといわなければならない。

本件では、罪体である「詐欺の共謀」を立証するためには、分離公判前相被告人であり、原審公判前に逃亡したMの検面調書が極めて重要な立証方法であるところ、その不同意部分が「供述不能」取扱いされ、判決の理由とされたことにより、判決に影響を及ぼすことは明らかである。

また、原判決は、裁量権を逸脱し、当事者が同意した書面または供述の証拠能力に関する刑訴法326条に違反し、ひいては、被告人に適正手続を保障した憲法規定に違反するものと言わざるを得ない。

（９）原判決では「共謀」につき厳格な証明がなされていないこと

無論、検察官の面前で作成されること自体が調書の信用性の担保であると考えられる余地もないではない。しかし、本件では、担当のY検事が、端から上告人を犯人と決めてかかり、「真実なんか知らないんだよ」、「真実なんかいらねえんだよ、裁判官も弁護士もお前の真実なんか関係ないし、求めていると、頭ごなしにいわれた」、「検事は、貴方がすみませんでした、私がやったんです。被害のお金を弁償

しますといえはすむんだ、と自白を強要された」,「又, 認めないのであれば, 帰っていいと話を聞いてくれず帰されました」。さらに, 11月10日の取調では,「変わりがなければ帰れ」と言い, 2・3分で調べもせず返され, このとき,「11月17日で起訴だからな。決まっている」と言い放った。そして,「お前が主犯だ」,「かならず塀の中に入れる。実刑にしてやる」と捨てぜりふと嘯く取調状況を勘案するに, 本件では, このような検事の面前における, 上告人を首謀者に巻き込もうとする分離公判前相被告人Mの供述は信用性に欠如するものであり, 刑法321条の伝聞例外に入る余地がない。

このような検事が蔓延って, 本件のように栄転できる司法がわが国にある。本件を一瞥するならば, その異常性は顕著であると言わなければならない。この検事の面前で作成された調書などは, 特信性があるはずがない。

したがって, 原審及び第一審判決は, 上告人の「共謀」という事実について厳格な証明を果たしていないと言わざるを得ず, 上告人の有罪は立証されていないこととなる。

第4章 原判決には, 共同被告人の供述(自白)の真実性の判断における自由心証主義の濫用があり, 刑事訴訟法第318条に違反し, ひいては, 刑事訴訟法第411条第1号に定める破棄事由があること(以下中略)

結 論

わが国の司法は, 未だにまことにおぞましい状況にあるとしか表現できない。上告人弁護士は, 上告人ともに国民の一人として, 失望した。

上告人は, 何らの犯罪行為も行っていない, ただちに無罪であるとされなければならない。

しかるに, 本件は, 余りにもスキャンダラスな事件に他ならず, 上告人を有罪に貶めるために, 数多くの法律上の問題を醸し出す判決が下された。

本上告趣意書において明示したように, 原判決は, 共謀成立の事実を共同被告人の供述(自白)に委ねざるを得ないことから, 刑事訴訟法第319条第2項, ひいては, 憲法38条第3項についての理解, および, その適用については憲法違反があることを主張した。

さらに, 原判決には, 罪体である「詐欺の共謀」につき具体的な立証をなすことなく有罪とした違法があり, 判決に影響を及ぼすべき事実の重大な違反があり, 刑

事訴訟法第411条第3号に定める破棄事由があることを主張した。

加えて、分離公判前相被告人が第一審で実刑判決を下された後、再保釈されたが控訴審公判前に逃亡したことから、原判決は、公判前の検面調書を証拠として、採用した。したがって、原判決には、上告人の反対尋問権を否定する違法があり、刑事訴訟法第411条第1号に該当する破棄事由があること、また、刑事訴訟法第321条2項2号は、憲法32条2項に違反すると主張した。

さらに、原判決には、共同被告人の供述（自白）の真実性の判断における自由心証主義の濫用があり、刑事訴訟法第318条に違反し、ひいては、刑事訴訟法第411条第1号に定める破棄事由があることを主張した。その理由としては、

第1に、原判決は、上告人が「実質的支配者であること」と「不正融資の共同謀議があること」は、本来、全く異なる次元で判断されるべきであるにも関わらず、実質的支配者であるから直ちに共謀があったと推論した。しかしながら、これは推測の域を出ないものであって、具体的な証拠に基づかない不当かつ粗雑な事実認定と言わざるを得ない。上告人が、本件詐欺事件につき共謀したとする「不正融資の供述の中核をなす部分の信用性に合理的な疑いがあり、到底、「共同謀議」の立証がなされているとはいえない。原判決により、少なくとも「実質的経営者」から帰納される論理的帰結と「詐取の共謀」は、結びつきようがないといわなければならないということである。

第2に、上告人を罪体と結びつけるために採用された供述の信用性についてである。原判決において、公判前に逃亡し、その供述も内容も変遷する分離公判前相被告人の供述、また、実行犯でありながら、不起訴処分を好餌として唯々諾々と虚偽の供述を重ねた共犯者の供述を、犯行を否認する上告人の供述よりも信用性が高いと判断することは、常識に照らしても、納得が得られないということである。

要するに、上告人のアリバイの主張と立証（客観的証拠）を無視した共犯者らの供述に信用性はなく、原審の事実認定に誤りがあることに他ならない。

最後の上告の趣意は、原判決においては、有罪の言渡をするには、その標目を示さなければならないとする刑訴法335条1項の趣旨に反し、同法378条4号の「判決に理由を附せず」の事由に該当するものといわなければならないこと、また、原判決は、裁量権を逸脱し、当事者が同意した書面または供述の証拠能力に関する刑訴法326条に違反し、ひいては、被告人に適正手続を保障した憲法規定に違反するものと言わざるを得ないとのことである。

そもそも検察官により作成され、検察官が証拠調べを請求した証拠のうち、供述

調書に対する認否の結果、弁護人等は、Mのすべての検面調書につき、一部不同意としたはずである。ところが、Mの検察官調書が「供述不能」扱いされ、証拠とされたのである。しかし、この取扱いは、上告人の反対尋問権を侵害したと言わざるをえない。

よって、本件では、罪体である「詐欺の共謀」を立証するためには、分離公判前相被告人であり、原審公判前に逃亡したMの検面調書が極めて重要な立証方法であるところ、その不同意部分が判決の理由とされたことにより、判決に影響を及ぼすことは明らかであると言わなければならないとの主張である。

本件において、上告の趣意が多岐の事項に及んでいること自体が、原判決が非常識な判断と認定をせざるをえなかった証左であることを示している。

以上の理由で、原判決には法令適用と事実認定の誤りがあるから、破棄しなければ、著しく正義に反すると言わざるをえない。

最高裁判所第一小法廷は、上告趣意書の主張を採用し、原判決を破棄されたい。